## DIREITO À MORADIA E PENHORA DO IMÓVEL DO FIADOR: BREVES NOTAS A RESPEITO DA ATUAL POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

INGO WOLFGANG SARLET\*

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Moradia – Penhora – Propriedade – Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

KEYWORDS: Right to Housing - Pledge - Property - Brazilian Federal Supreme Court.

A despeito da evolução jurisprudencial precedente, que, especialmente a partir da inclusão do direito à moradia no art. 6º da Constituição, passou a tutelar cada vez mais a moradia na condição de bem fundamental, especialmente nas hipóteses em que estava em causa a proteção da propriedade imobiliária utilizada para fins de moradia contra uma penhora (seja ampliando o âmbito de proteção do assim chamado bem de família, seja por aplicação direta do direito à moradia, hipótese, todavia, menos comum), o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 08 de fevereiro de 2006 (Recurso Extraordinário nº 407.688-8, Rel. Min. Cezar Peluso), acabou por considerar constitucionalmente legítima a penhora do imóvel residencial do fiador, tal qual autorizada pela legislação que excepcionou a regra geral da impenhorabilidade do bem de família (art. 3°, inciso VII, da Lei Federal n° 8009/90, na versão que lhe deu a Lei Federal nº 8.245/91). Considerando que a penhora do imóvel residencial, que vinha, em regra – embora alguns temperamentos – sendo tida como inconstitucional por parte de expressiva jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e até mesmo, em decisão monocrática anterior, do próprio Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup>, constitui uma possível forma de violação do direito à moradia (pois se cuida de uma afetação do bem constitucionalmente tutelado) coloca-se a questão do acerto da decisão ora comentada, ainda mais em se levando em conta os fundamentos esgrimidos pelos votos vencedores e a repercussão da decisão.

Embora não se pretenda adentrar todos os possíveis aspectos ventilados na decisão,

-

<sup>\*</sup> Doutor e Pós-Doutor em Direito (Munique, Alemanha). Professor Titular e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da PUCRS. Professor de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Escola da AJURIS e Juiz de Direito no RS.

V. a decisão nos Recursos Extraordinários de nº 352.940 e 449.657, relatados pelo Ministro Carlos Velloso.

alguns pontos chamam particularmente a atenção e reclamam uma avaliação crítica. Para tanto, faz-se necessária uma breve resenha dos principais argumentos colacionados tanto no voto do relator, Ministro Cezar Peluso, quanto nos demais votos proferidos. Iniciando pelo que disse o ilustre relator na sua fundamentação, verifica-se que boa parte das premissas que sustentam as conclusões podem ser facilmente ratificadas. Com efeito, após ter reconhecido que o direito à moradia é direito social e que constitui direito subjetivo que "compõe o espaço existencial da pessoa humana", o relator, igualmente com acerto, averbou serem "várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas por meio das quais o Estado, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, pode concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia". Mais adiante, afinado com a doutrina atualmente prevalente e mesmo com os parâmetros internacionais, destaca o voto vencedor que o direito à moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de bem imóvel, salientando, todavia (e neste passo já principia o encaminhamento da conclusão), que o direito à moradia pode, "sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores". Na sequência, ao afirmar que a ratio legis da exceção legal à regra da impenhorabilidade reside justamente na garantia do acesso à moradia pela via da locação de imóveis, obstaculizada pela falta, insuficiência ou onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel, o Ministro relator lança sua conclusão, no sentido de que a salvaguarda da exceção legal, por assegurar o acesso à moradia de uma classe ampla de pessoas interessadas na locação há de prevalecer em face do dano menor resultante para os fiadores proprietários de um só imóvel, ainda mais não sendo estes obrigados a prestar fiança. Para finalizar, averba o relator que "castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consegüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia".

Em face do arcabouço argumentativo esgrimido no voto condutor da decisão, impõe-se uma série de considerações, parte delas ventilada no bojo dos outros votos proferidos, muito embora em boa parte sem maior desenvolvimento.

Desde logo, como bem lembrou o Ministro Eros Grau, autor de um dos três votos divergentes, é preciso considerar que a penhora recaiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador, no caso, o imóvel que lhe serve de moradia, recordando, ainda, que a impenhorabilidade do imóvel residencial "instrumenta a proteção do indivíduo e de sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência". Além disso, após enfatizar o vínculo entre a tutela do imóvel residencial e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, evoca simultânea violação do princípio isonômico, visto que o afiançado, que não pagou os alugueres, estaria beneficiado pela impenhorabilidade, ao passo que ao fiador estaria subtraído o benefício. Mais adiante, já no embate direto com o Ministro-Relator, refuta o caráter programático das normas constitucionais, afirmando o seu efeito vinculante, bem como afastando o argumento

de que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações, já que políticas públicas deverão assegurar este mercado de modo apropriado.

Muito embora não se possa imputar ao Relator o fato de ter outorgado ao direito à moradia a condição de norma programática, e a despeito de ter aquele esclarecido que a intenção é justamente proteger os que não são proprietários, já que estes constituem uma minoria no Brasil, seguem em aberto algumas questões vinculadas à argumentação do Ministro Eros Grau, merecedoras de reflexão mais detida.

A primeira diz respeito ao fato de que em se cuidando do único imóvel do fiador e servindo este de residência para aquele e/ou sua família, em princípio, não se pode simplesmente admitir o sacrifício do direito fundamental (e, no caso, possivelmente, a depender das circunstâncias!, até mesmo uma violação da própria dignidade da pessoa humana) por conta de uma alegação genérica e ainda por cima desacompanhada até mesmo de dados comprobatórios, de uma tutela do direito à moradia de um conjunto maior de pessoas. A dignidade da pessoa humana, assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais de um modo geral, não pode ser pura e simplesmente funcionalizada em prol do interesse público, mesmo que este seja compreendido como interesse socialmente relevante de uma comunidade de pessoas. Importa recordar, nesta quadra, que embora legítimas, em determinadas circunstâncias, restrições a direitos fundamentais, estas devem respeitar os critérios da proporcionalidade e, acima de tudo, preservar o núcleo essencial do direito restringido. Aliás, é justamente no exame dos critérios da proporcionalidade que reside uma das lacunas da decisão ora comentada. Se aos órgãos estatais incumbe um permanente dever de proteção de todos os bens fundamentais e a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se, de qualquer modo, sempre a observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla acepção, pois tanto está vedado ao Estado intervir excessivamente na esfera de proteção de bens fundamentais quando atuar de modo manifestamente insuficiente (ou o que é pior, sequer atuar) na tutela do mesmo ou de outros bens fundamentais<sup>2</sup>.

Mesmo que aqui não se vá adentrar nas possíveis distinções entre os institutos da proibição de excesso e de proteção insuficiente, importa pelo menos lançar algumas indagações em relação a esta perspectiva de abordagem do problema ora discutido. Assim, se de fato é plausível aceitar, a exemplo do que argumentou o Relator, que a possibilidade da penhora do imóvel do fiador, por constituir garantia do contrato de locação, acaba também sendo um meio de assegurar o acesso à locação e, portanto, à moradia para quem não é proprietário, já no que diz com o critério da necessidade as

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> A respeito desta dupla perspectiva (proibição de excessos e de proteção insuficiente ou deficiente) v., entre nós, especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. "Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 47, março-abril de 2004, p. 60-122, assim como STRECK, Lenio Luiz. "Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais", in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* nº 2 (2004), p. 243 e ss, assim como FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Dentre a literatura estrangeira, notadamente no que diz com a aplicação da proibição de insuficiência e dos imperativos de tutela no âmbito do Direito Privado, v. o pioneiro e paradigmático CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 2003, tradução da edição alemã de 1999, onde o autor retoma e desenvolve seus estudos sobre o tema desde já o início dos anos 1980.

coisas não parecem tão simples, pois, em havendo outros meios disponíveis, a opção deveria recair no meio menos gravoso, considerado como tal o que menos restringe o direito fundamental colidente, no caso, o direito à moradia do fiador e de sua família, pois sequer se está aqui argumentando com a tutela da propriedade na sua dimensão meramente patrimonial. O argumento de que não existem outras garantias para o crédito em execução é evidentemente falho, visto que não foi examinada a possibilidade de se lançar mão de outros meios, como, por exemplo, a exigência de fiador proprietário de imóvel que não seja residencial ou mesmo a utilização do seguro fiança, que, se fosse mais difundido e submetido a controle rigoroso, poderia inclusive gerar a total desnecessidade da utilização de garantias reais. A não-utilização das alternativas referidas (ou mesmo de outras, que, de resto, também incumbe ao Estado disponibilizar no âmbito dos seus deveres de proteção!) não significa que não estejam disponíveis e que, portanto, não possam ser levadas em conta. Assim, vista a questão sob este viés, no mínimo haverá de se considerar a possibilidade de considerar, nas circunstâncias do caso, que a penhora do imóvel residencial (único imóvel do fiador) como violação da proporcionalidade. De outra parte, mesmo superado o exame do critério da necessidade, haveria de se avaliar a violação da assim designada proporcionalidade em sentido estrito ou, para quem assim o preferir, a ingerência no núcleo essencial do direito fundamental, que, quando detectada, implica a manifesta inconstitucionalidade do ato. Sem que se vá aqui avançar mais neste exame, inclusive para fins de análise do atendimento das exigências também da proibição de proteção deficiente, a crítica mais contundente que possivelmente poderá ser direcionada é que tais questões, a despeito de sua relevância (pois inequivocamente este em causa uma restrição de direito fundamental) não chegaram a ser minimamente desenvolvidas na decisão.

Seguindo já outra linha de raciocínio, tanto o Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (invocando que se poderia estar chancelando a incapacidade civil do fiador) enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente, portanto, no pleno exercício da sua autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais. A própria alienação voluntária da integralidade do patrimônio, em havendo herdeiros necessários ou eventualmente outros interesses a serem tutelados encontra limites em determinadas circunstâncias, sendo, se resto, equivocada a apontada identidade entre a venda e a prestação de fiança<sup>3</sup>, tal como afirmou o Ministro Cezar Peluso ao intervir no voto do Ministro Carlos Britto, que justamente invocou (ainda que se possa controverter a correção da tese à luz do caso concreto) a indisponibilidade do direito à moradia.

-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> No mínimo, há que levar em conta que a venda do patrimônio resulta em benefício patrimonial para próprio vendedor (alienante) e que tal situação não pode ser equiparada à dação em garantia que poderá resultar na expropriação do imóvel!

Se de fato é correta a tese, de resto sufragada por expressiva doutrina e inclusive acatada pelo voto do Relator, de que a moradia constitui um existencial humano, sendo, pelo menos naquilo em que revela uma conexão com a dignidade da pessoa humana, um direito de personalidade, não se pode deixar de reconhecer também, pelo menos em princípio, a existência de um dever de proteção (que também vincula o Poder Judiciário!) da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial<sup>4</sup>. Da mesma forma, se em princípio se poderá afastar a existência de coação, também é correto que em muitas hipóteses resulta praticamente inexigível a negativa da prestação da fiança, especialmente nos casos de garantias prestadas por familiares próximos. Embora as hipóteses não sejam idênticas, a referência à difundida decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha<sup>5</sup>, que versava justamente sobre a liberação da responsabilidade por parte da filha (na fase da execução) que havia "espontaneamente" afiançado um contrato de mútuo bancário do pai não nos parece impertinente.

Também aqui não houve maior consideração das circunstâncias do caso concreto, pelo menos para investigar o efetivo caráter existencial da moradia ou mesmo a existência de alternativas viáveis de acesso a uma moradia decente para o fiador e sua família (por exemplo, pelo menos um trabalho com certa estabilidade e com remuneração compatível com o aluguel de uma moradia adequada), já que, convém reiterar este aspecto, o direito à moradia não se confunde necessariamente com o direito de propriedade e, como ocorre com os demais direitos fundamentais, não assume a condição de direito absolutamente imune a qualquer restrição ou limite. Não tendo sido efetuado este exame e em se tratando do único imóvel do fiador e sendo este utilizado para fins residenciais, haveria, por certo, de prevalecer pelo menos uma presunção (ainda que relativa) em favor da indisponibilidade. Neste mesmo contexto, cuidando-se de uma situação envolvendo o próprio conteúdo e limites da autonomia privada e da liberdade contratual, também seria possível discutir a presença efetiva de uma vontade livre, não afetada por eventuais vícios do consentimento, o que, a depender das circunstâncias, por si só já poderia fazer cair por terra o argumento da livre indicação do bem por parte do fiador. O que nos importa, quanto a este ponto, é demonstrar o quanto a questão da eventual renúncia (o que também ocorre nos casos de auto-limitação) ao bem por parte do fiador demanda maior digressão e o quanto está vinculada ao já mencionado problema das possibilidades e

\_

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> A respeito do tópico v. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p.115 e ss. Sobre as possibilidades e limites das renúncias em matéria de direitos fundamentais, no âmbito da literatura em língua portuguesa, v. especialmente NOVAIS, Jorge Reis. "Renúncia a Direitos Fundamentais", in: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 263-335. Cuidando da temática na perspectiva dos direitos de personalidade, v., dentre outros, MOTA PINTO, Paulo, "Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português", in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-84.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Cf. BVerfGE vol. 89, p. 214 e ss., onde prevaleceu justamente a tese de que a autonomia privada não pode ser entendida apenas num sentido formal, de tal sorte que, em determinadas circunstâncias, a pessoa pode e deve ser tutelada em face de disposições contratuais que lhe são desvantajosas.

limites da assim designada proteção da pessoa contra si mesma, temática que, dados os estreitos limites deste comentário, não teremos condições de desenvolver.

A partir do exposto e por mais que se possa avançar na discussão e avaliar outros argumentos, tenham, ou não, sido ventilados na decisão ora comentada, já é possível perceber o quanto uma solução constitucionalmente adequada, mormente em matéria de tamanha repercussão geral, reclama maior investimento argumentativo. Da mesma forma, verifica-se que se está apenas diante de mais uma dentre tantas questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal que escancaram o quão falaciosa é a distinção entre matéria de fato e matéria de Direito. Além disso, a desconsideração de importantes dimensões do caso concreto aponta para a possibilidade de equívocos significativos no processo decisório e, o que é pior, de um resultado que pode implicar flagrante violação de princípios fundamentais e do próprio núcleo essencial de direito fundamental, apenas contornáveis se forem levados a sério os cânones da interpretação constitucional, notadamente o de que toda a interpretação deverá ser tópico-sistemática<sup>6</sup>. A situação, todavia, acaba sendo ainda mais grave se à decisão em favor da legitimidade constitucional da penhora vier a ser outorgada eficácia erga omnes e efeito vinculante, mormente se impeditiva pelo menos de uma divergência justificável à luz das circunstâncias do caso concreto, sem que se vá aqui adentrar a discussão em torno da legitimidade constitucional do efeito vinculante em decisões que sequer atendem o quorum qualificado da súmula vinculante. Tão fundado é o receio, que já se verifica uma tendência, mesmo por parte de órgãos judicantes que antes consideravam inconstitucional a exceção legal permissiva da penhora, de, sem qualquer reflexão adicional (sequer para justificar minimamente as razões da alteração de seu convencimento e mesmo sem qualquer olhar para as circunstâncias do caso concreto) pura e simplesmente alterarem o seu posicionamento, afinando-o com a orientação ora imprimida pelo Supremo Tribunal Federal. Mais grave, todavia, é a constatação de que existem até mesmo decisões que, na contramão da própria fundamentação do Supremo Tribunal Federal (visto que não se trata de uma razão ventilada como sustentáculo da decisão ora comentada) e incidindo em flagrante violação do princípio da proibição de retrocesso, chegam a afirmar que o direito à moradia constitui norma de cunho meramente programático, destituída até mesmo da eficácia mínima atribuída às normas de eficácia limitada, designadamente a de revogar disposição legal anterior que lhe seja manifestamente contrária, tudo a demonstrar a urgência e atualidade da discussão aqui travada.

Importa enfatizar, nesta quadra, que não se trata aqui de fazer coro com os que pregam uma espécie de resistência teimosa e irrefletida às decisões do Supremo Tribunal Federal, pois a crítica que aqui se formula também abarca decisões que, igualmente sem maior reflexão e conexão com as circunstâncias do caso concreto (e da dignidade concreta das pessoas às quais dizem respeito os casos!) em várias hipóteses transformaram o discurso legítimo em prol do direito à moradia em instrumento de tutela de propriedades de luxo, como se propriedade e moradia fossem direitos

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTICA N° 2 – JAN./MAR. 2008

 <sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Sobre o tema v. as indispensáveis lições de FREITAS, Juarez, A Interpretação Sistemática do Direito,
<sup>4</sup> d., São Paulo: Malheiros, 2004, bem como de PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e Sistema Jurídico
- Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

idênticos e como se fossem direitos absolutamente blindados a qualquer limite ou restrição. O que se buscou problematizar neste ensaio, foi justamente a necessidade de se exercer uma resistência em relação a soluções simplistas e generalizadas, e que a busca da melhor resposta implica avaliação criteriosa não apenas de algumas questões de ordem normativa e formal. O que se espera, é que o Supremo Tribunal Federal, assim como já o fez no caso do direito à saúde (especificamente no caso da limitação do fornecimento de medicamentos apenas aos constantes na relação elaborada pelo Ministério da Saúde e que complementa a legislação) ou mesmo como ocorreu com os possíveis temperamentos do efeito vinculante na hipótese da vedação de tutela antecipada contra a fazenda pública, siga de portas abertas: se não ocorrer uma reformulação radical do entendimento ora prevalente e expresso pelo voto da maioria dos seus Ministros, pelo menos que haja sensibilidade suficiente para uma possível flexibilização à luz das circunstâncias do caso concreto, pena de, no limite, acabarem sendo chanceladas situações de extrema injustiça.